

**Titel:**

**Erst zweitinstanzlich hilfsweise gestellter Zahlungsantrag in einem Diesel-Fall**

**Normenketten:**

BGB § 826

GG Art. 103

ZPO § 264 Nr. 2, § 522 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Zur VW-Abgasskandal-Thematik vgl. grundlegend BGH BeckRS 2020, 10555; vgl. auch BGH BeckRS 2022, 16585; BeckRS 2022, 20173; BeckRS 2022, 34549; BeckRS 2022, 34834; BeckRS 2023, 1067 sowie die Aufzählung ähnlich gelagerter VW-Diesel-Fälle bei BGH BeckRS 2022, 13979 (dort Ls. 1); OLG Koblenz BeckRS 2020, 22694 (dort Ls. 1) und OLG Naumburg BeckRS 2020, 28579 (dort Ls. 1). (redaktioneller Leitsatz)

2. Das Berufungsgericht ist durch erstmalig in der Berufungsinstanz gestellte hilfsweise Zahlungsanträge nicht an einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gehindert, wenn der Kläger bereits erstinstanzlich durch das Landgericht darauf hingewiesen worden ist, dass sein Feststellungsantrag nicht zulässig sein dürfte, so dass der Kläger hierauf bereits in erster Instanz mit einem hilfsweise gestellten Leistungsantrag hätte reagieren müssen. (Rn. 15 und 19) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, EA 189, unzulässige Abschaltvorrichtung, sittenwidrig, Feststellungsantrag, Hilfsantrag, hilfsweiser Zahlungsantrag, zweitinstanzliche Klageänderung, Unzulässigkeit

**Vorinstanz:**

LG Traunstein, Endurteil vom 31.07.2020 – 1 O 3743/18

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 13.07.2022 – VII ZR 485/21

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 56294

**Tenor**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 31.07.2020, Aktenzeichen 1 O 3743/18, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Traunstein ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 23.296,00 € festgesetzt.

**Gründe**

**1**

Der Kläger macht gegen den beklagten Fahrzeughersteller Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb eines vom sog. Dieselabgasskandal betroffenen Fahrzeugs geltend.

**2**

Streitgegenständlich ist ein vom Kläger am 02.06.2014 erworbener neuer, ..., in dem sich ein Motor vom Typ EA 189 befindet.

**3**

Die Ansprüche wurden erstinstanzlich im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht, mit der Begründung, die Schäden seien noch nicht bezifferbar und es sei auch nicht absehbar, welche Schäden der Klagepartei noch entstehen würden und wie hoch diese seien. Der Kläger hat sich vorbehalten hat, ob er das Fahrzeug behalten und den Minderwert verlangen möchte oder ob er das Fahrzeug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückgeben möchte.

4

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Traunstein vom 31.07.2020 sowie Ziffer I. des Hinweisbeschlusses des Senats Bezug genommen.

5

Das Landgericht hat mit Verfügung vom 04.06.2019, Bl. 296 d.A., den Kläger darauf hingewiesen, dass - nach vorläufiger Bewertung der Sach- und Rechtslage - der klägerseits gestellte Feststellungsantrag unzulässig sein dürfte. Mit Urteil vom 31.07.2020 hat das Gericht die Klage hinsichtlich des Feststellungsantrags als unzulässig abgewiesen. Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten wurden als unbegründet zurückgewiesen.

6

Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Kläger eingelegte Berufung, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt, darüber hinaus aber auch neue Hilfsanträge und einen neuen Hauptantrag stellt. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Abweisung der Klage durch das Landgericht fehlerhaft sei, die Feststellungsanträge seien zulässig. Im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung, Schriftsatz vom 26.01.2021, Bl. 517 ff. d.A., Bezug genommen.

7

Im Berufungsverfahren wird beantragt,

! Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az: 1 O 3743/18, wird festgestellt, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Berufungsbeklagte das Fahrzeug ... (Fahrzeugidentifikationsnummer: ...) dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.

Hilfsweise zum Antrag Ziffer 1:

1. Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az: 1 O 3743/18, wird die Berufungsbeklagte verurteilt, an den Kläger € 29.120,00 abzüglich einer vom Gericht gem. § 287 ZPO zu schätzenden Nutzungsentschädigung zuzüglich Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p.a. seit dem 20.10.2017 aus dem ausgeurteilten Betrag zu bezahlen, Zugum-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs ... (Fahrzeugidentifikationsnummer: ...).

2. Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az: 1 O 3743/18, wird festgestellt, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Berufungsbeklagte das Fahrzeug ... (Fahrzeugidentifikationsnummer: ...) dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.

Hilfsweise zum Hilfsantrag Ziffer 2:

2a. Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az: 1 O 3743/18, wird festgestellt, dass die Berufungsbeklagte verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Berufungsbeklagte in den Motor, Typ EA 189, des Fahrzeugs ... (Fahrzeugidentifikationsnummer: ...) eine unzulässige Abschaltvorrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teil der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt.

3. Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az. 1 O 3743/18, wird festgestellt, dass sich die Berufungsbeklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs ... (Fahrzeugidentifikationsnummer: ...) in Annahmeverzug befindet.

2. Unter Abänderung des am 31.07.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Traunstein, Az. : 1 O 3743/18, wird die Berufungsbeklagte verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 2.077,74 freizustellen.

## **8**

Hilfsweise beantragt die Klagerpartei:

1. Das am 31.07.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Traunstein, Az: 1 O 3743/18, wird aufgehoben.

2. Das Verfahren wird an das Landgericht Traunstein zurückverwiesen.

## **9**

Der Senat hat mit Beschluss vom 11.02.2021 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und hat Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsätzen vom 15.03.2021 und 01.04.2021 weitere Ausführungen gemacht, vgl. Bl. 537 ff. d.A. Er ist der Auffassung, dass eine Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege schon deshalb nicht in Betracht komme, weil andere Oberlandesgerichte in vergleichbaren Konstellationen die Feststellungsklage für zulässig gehalten hätten. Dies habe auch der BGH im Urteil vom 19.04.2016, Az. VI ZR 506/14, so gesehen. Der Senat müsse ferner über die in der Berufung gestellten (neuen) Hilfsanträge entscheiden. Dazu verweist der Kläger insbesondere auf die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 26.05.1994, Az: III ZB 17/94, vom 08.12.2009, Az. VIII ZR 92/07 und vom 02.05.2017, Az. VI ZR 85/16. Die Nichtberücksichtigung der Antragsumstellung in zweiter Instanz würde gegen Art. 103 GG verstoßen. Im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klagepartei vom 15.03.2021, Bl. 537 bis 540 d.A., und vom 01.04.2021, Bl. 542 bis 546 d.A., Bezug genommen.

II.

## **10**

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 31.07.2020, Aktenzeichen 1 O 3743/18, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

## **11**

Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen. Vorsitzender am Oberlandesgericht ..., der an dem Beschluss nicht mitgewirkt hat, tritt den dort gemachten Ausführungen in vollem Umfang bei. Der Senat bleibt nach nochmaliger Würdigung des Sachverhalts und Berücksichtigung der von der Klagepartei angeführten Entscheidungen bei seiner Auffassung, dass die Berufung des Klägers unbegründet ist.

## **12**

Im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers in den Schriftsätzen vom 15.03.2020 und vom 01.04.2021 sind noch folgende Ausführungen veranlasst.

## **13**

I. Entgegen der Auffassung der Klagepartei ist der Senat nicht an einer Sachbehandlung nach § 522 Abs. 2 ZPO gehindert. Die vom Kläger zitierten und mit Anlagen BK 1 bis 3 vorgelegten Urteile der Oberlandesgerichte Celle vom 18.11.2020, Az. 7 U 103/19, Karlsruhe vom 11. 01.2021, Az. 13 U 1095/19 und Düsseldorf vom 15.01.2021, Az. I-22 U 9/19, haben zwar vergleichbare Feststellungsanträge der hiesigen Prozessbevollmächtigten als zulässig angesehen, abgestellt wurde aber jeweils auf den konkreten Sachvortrag, den die Gerichte in den entschiedenen Fällen als ausreichend ansahen, um ein Feststellungsinteresse zu bejahen. Im Ausgangspunkt sind aber auch die genannten Gerichte in den zitierten Entscheidungen von den Maßstäben ausgegangen, die der Bundesgerichtshof für die Zulässigkeit von Feststellungsanträgen aufgestellt hat. Der Senat geht von keinen anderen Voraussetzungen aus. Unter

Zugrundelegung des hier konkret erfolgten Sachvortrags ist der Senat aber, aus den im Hinweisbeschluss genannten Gründen, wie das Landgericht der Auffassung, dass die im Haupt- und den Hilfsanträgen geltend gemachten Feststellungsanträge nicht zulässig sind.

#### 14

Insoweit ist auch darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof Inspektions- und Wartungskosten nicht für erstattbar hält, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 354/19, und ein Feststellungsinteresse im Hinblick auf pauschale Aussagen zu Folgen des Software-Updates abgelehnt hat, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 397/19.

#### 15

2. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers durch die Nichtberücksichtigung des in der Berufung hilfsweise gestellten Zahlungsantrags liegt nicht vor. Da der Kläger bereits erstinstanzlich durch das Landgericht darauf hingewiesen worden ist, dass der Feststellungsantrag nicht zulässig sein dürfte, hätte der Kläger hierauf bereits in erster Instanz mit einem hilfsweise gestellten Leistungsantrag reagieren müssen.

#### 16

a) Insoweit liegt der vorliegende Sachverhalt anders als in dem vom BGH mit Beschluss vom 26.05.1994, Az. III ZB 17/94, entschiedenen Fall. Dort ging es allein um die Frage, ob ein Kläger, dessen Feststellungsantrag in erster Instanz mangels Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen worden ist, die für eine Berufung erforderlich Beschwer hat, wenn er im zweiten Rechtszug sogleich einen bezifferten Leistungsantrag stellt. Der BGH hat dazu ausgeführt, dass dem Kläger nicht angesonnen werden kann, mit der Berufung zunächst die Abweisung der Feststellungsklage als unzulässig zu bekämpfen, wenn er im Berufungsrechtszug ohnehin wegen desselben Anspruchs sogleich zur Leistungsklage übergehen will. Gegenstand der Entscheidung des BGH war damit das Vorliegen einer Beschwer und nicht - wie hier - die Frage, ob der Kläger nach einem erstinstanzlichen Hinweis erst in der Berufung hierauf reagieren kann.

#### 17

b) Der vorliegende Fall unterscheidet sich auch von der Fallgestaltung in der vom Kläger zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.05.2017, Az. VI ZR 85/16, weil der Senat die Klage nicht „entgegen der Auffassung des Erstgerichts für unzulässig erachtet“.

#### 18

c) Der Senat sieht wie das vom Kläger zitierte OLG Frankfurt am Main vom 14.12.2020, Az. 4 U 104/19, in den neu gestellten Anträgen des Klägers eine Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO, vgl. Hinweisbeschluss Seite 7, Ziffer 7 und auch BGH, Beschluss vom 08.12.2009, Az. VIII ZR 92/07, Rdnr. 8. Allerdings geht es hier nicht primär um die in der zuletzt genannten BGH-Entscheidung erörterte Frage der Zulassung des neuen Vorbringens nach §§ 529, 531 ZPO, sondern um das Spannungsverhältnis zwischen § 522 Abs. 2 ZPO und der Zulassung neuen Vorbringens bei einer Klageerweiterung. Die Besonderheit liegt hier darin, dass der Senat eine Sachbehandlung nach § 522 ZPO beabsichtigt, so dass zu entscheiden ist, wie die prozessuale Situation einer (erst) in zweiter Instanz vorgenommenen Klageerweiterung bei gleichzeitiger Aussichtslosigkeit der Berufung i.S.v. § 522 Abs. 2 ZPO zu lösen ist. Weder § 522 ZPO noch § 533 ZPO enthalten insofern eine ausdrückliche Bestimmung, auch den Gesetzesmaterialien lässt sich dazu nichts entnehmen, BGHZ 198, 315, NJW 2014, 151 Rdnr. 22. Sowohl der Normzweck des § 522 Abs. 2 ZPO, die zügige Erledigung des Rechtsstreits zu fördern, als auch der Umstand, dass die Berufungsinstanz vornehmlich der Fehlerkontrolle dienen soll, gebieten es allerdings, diese Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 524 Abs. 4 ZPO zu schließen. Mit beidem ist es nicht vereinbar, in die Prüfung der Erfolgsaussicht gemäß § 522 Abs. 2 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auch die Frage der Begründetheit einer zweitinstanzlichen Klageerweiterung einzubeziehen, vgl. BGH aaO. In diesem Sinn hat der Bundesgerichtshof auch erneut im Urteil vom 03.11.2016, Az. III ZR 84/15 entschieden.

#### 19

Dem Kläger ist es verwehrt mit einer Erweiterung seiner Klage eine mündliche Verhandlung zu erzwingen, obwohl die Berufung in Bezug auf die erstinstanzliche Beschwer keine Aussicht auf Erfolg bietet. Dies gilt auch für Änderungen nach § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. OLG Nürnberg, NJOZ 2006, 4222).

#### 20

3. Der Verweis des Klägers auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.04.2016. Az. VI ZR 506/14, verhilft der Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg. Es geht hier nicht darum, ob der Kläger verpflichtet ist, die Entstehung eines weiteren Schadens noch abzuwarten, um eine Leistungsklage erheben zu können, was der Bundesgerichtshof verneint hat.

**21**

4. Da die Klage in den Haupt- und Hilfsanträgen unzulässig ist bzw. über die Klageerweiterung nicht zu entscheiden ist, besteht auch kein Anspruch des Klägers auf die beantragten Nebenentscheidungen, wie Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten oder Feststellung des Annahmeverzugs.

III.

**22**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

**23**

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**24**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO bestimmt.